



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
Main Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2015

**Schmerzrechtsprechung 2.0. Bemerkung zur grundlegenden Praxisänderung
im Urteil des Bundesgerichts 9C₄92/2014 vom 3. Juni 2015**

Gächter, Thomas ; Meier, Michael E

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-115922>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Gächter, Thomas; Meier, Michael E (2015). Schmerzrechtsprechung 2.0. Bemerkung zur grundlegenden Praxisänderung im Urteil des Bundesgerichts 9C₄92/2014 vom 3. Juni 2015. *Jusletter* : online.

Thomas Gächter / Michael E. Meier

Schmerzrechtsprechung 2.0

Bemerkung zur grundlegenden Praxisänderung im Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015, zur Publikation vorgesehen

Das Bundesgericht hat im wichtigen Leitentscheid vom 3. Juni 2015 seine bisherige Rechtsprechung zur invalidisierenden Wirkung von somatoformen Schmerzstörungen und vergleichbaren psychosomatischen Leiden in zentralen Punkten geändert. Künftig entfällt die für die bisherige Praxis zentrale Überwindbarkeitsvermutung. Der Beitrag stellt den Entscheid und die bundesgerichtlichen Erwägungen vor und gibt erste Hinweise auf Bedeutung und Einordnung der Praxisänderung.

Beitragsarten: Urteilsbesprechungen

Rechtsgebiete: Kranken-, Unfall- und Invalidenversicherung

Zitiervorschlag: Thomas Gächter / Michael E. Meier, Schmerzrechtsprechung 2.0, in: Jusletter 29. Juni 2015

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangspunkt
- II. Sachverhalt und Gegenstand der Praxisänderung
 - A. Ausgangssachverhalt
 - B. Gegenstand der Praxisänderung
- III. Grundproblematik
- IV. Bisherige Rechtsprechung und Gründe für die Praxisänderung
 - A. Praxis seit BGE 130 V 352 (Überwindbarkeitspraxis)
 - B. Gründe für die Änderung der Praxis
- V. Eckpunkte der neuen Praxis
 - A. Entfallen der Vermutung
 - B. Weiterhin zentrale Zumutbarkeitsprüfung
 - C. Strukturiertes Beweisverfahren statt Überwindbarkeitsvermutung
 - D. Indikatoren-Katalog
 - 1. «Indikatoren» statt «Kriterien»
 - 2. Systematischer Überblick über die Indikatoren
 - 3. Komplex I: Gesundheitsschädigung
 - a) Ausprägung der diagnoserelevanten Befunde
 - b) Behandlungs- und Eingliederungserfolg oder -resistenz
 - c) Komorbiditäten
 - 4. Komplex II: Persönlichkeit
 - 5. Komplex III: Sozialer Kontext
 - a) Abgrenzung psychosozialer und soziokultureller Faktoren
 - b) Eruierung der Ressourcen anhand des sozialen Umfelds
 - 6. Konsistenzprüfung
 - a) Gleichmässige Einschränkung des Aktivitätsniveaus in allen vergleichbaren Lebensbereichen
 - b) Behandlungs- und eingliederungsanamnetisch ausgewiesener Leidensdruck
 - E. Zusammenfassung
- VI. Auswirkungen
 - A. Sachlicher Anwendungsbereich (erfasste Krankheitsbilder)
 - B. Auswirkungen auf die Diagnosestellung
 - C. Stellenwert medizinischer Gutachten
 - D. Steigende Fallzahlen?
 - 1. Mehr Neurenten?
 - 2. Mehr Teilrenten?
 - 3. Mehr Anmeldungen?
 - E. Auswirkungen auf laufende Anspruchsprüfungen
 - F. Revision rechtskräftiger Entscheide?
- VII. Würdigung und Einordnung des Entscheids

I. Ausgangspunkt¹

[Rz 1] Die mit BGE 130 V 352 begründete sog. «Schmerzrechtsprechung»,² die auch als «Überwindbarkeitsrechtsprechung» oder «Zumutbarkeitsrechtsprechung» bezeichnet wird, stand seit geraumer Zeit in der Kritik der medizinischen³ und der rechtswissenschaftlichen Literatur.⁴ Einen eigentlichen Höhepunkt erreichte die Auseinandersetzung, als die genannte Praxis in BGE 136 V 279 auch auf die Folgen von HWS-Traumata ausgedehnt wurde und damit ins Bewusstsein einer breiteren Öffentlichkeit rückte.⁵

[Rz 2] Der Gesetzgeber hat die bundesgerichtliche Praxis insofern aufgenommen, als er in den Übergangsbestimmungen zur Revision 6a des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG) die «pathogenetisch-ätiologisch unklaren syndromalen Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage» einer (in jeder Hinsicht fragwürdigen)⁶ temporären, bis Ende 2014 befristeten Sonderbehandlung zugeführt hat.

[Rz 3] Diese in Fachkreisen unter dem Kunstbegriff PÄUSBONOG (JEGER)⁷ zusammengefassten Krankheitsbilder, die bei der erstmaligen Prüfung des Rentenanspruchs und von 2012–2014 im Revisionsfall nach der genannten Praxis beurteilt wurden, umfassen verschiedene Leiden. Neben der somatoformen Schmerzstörung, die den Ausgangspunkt der «Schmerzrechtsprechung» und nun auch wieder den Anknüpfungspunkt der hier vorgestellten Praxisänderung bildete, zählen gemäss der bundesgerichtlichen Praxis die folgenden Krankheitsbilder zu diesen Leiden:⁸

- Fibromyalgie,⁹
- dissoziative Sensibilitäts- und Empfindungsstörung,¹⁰
- dissoziative Bewegungsstörung,¹¹ Chronic Fatigue Syndrome [CFS; chronisches Müdigkeitssyn-

¹ Das Bundesgericht hat sich im hier besprochenen Entscheid eingehend mit der einschlägigen Literatur befasst. Im Rahmen dieser Besprechung wird darauf verzichtet, sämtliche im Entscheid enthaltenen Zitate zu wiederholen. Soweit im Folgenden Literatur zitiert wird, soll damit auf weiterführende Aspekte hingewiesen werden. Wissenschaftliche Vollständigkeit, die den Rahmen dieser ersten Entscheidbesprechung sprengen würde, ist nicht angestrebt.

² Besonders aufschlussreich zur Entwicklung der Rechtsprechung ULRICH MEYER, Somatoforme Schmerzstörung – ein Blick zurück auf eine Dekade der Entwicklung, in: Schaffhauser René/Kieser Ueli (Hrsg.), Sozialversicherungsrechtstagung 2010, St. Gallen 2011, 9 ff. (zitiert: MEYER, Dekade), passim.

³ Sehr klar z.B. JÖRG JEGER, Die Entwicklung der «FOERSTER-Kriterien» und ihre Übernahme in die bundesgerichtliche Rechtsprechung: Geschichte einer Evidenz, in: Jusletter 16. Mai 2011 (zitiert, JEGER, Entwicklung), Rz. 136.

⁴ Siehe neben der im Entscheid eingehend zitierten Literatur etwa die Zusammenstellung der Kritik bei HANS-JAKOB MOSIMANN, Perspektiven der Überwindbarkeit. Zur Schmerzrechtsprechung des Bundesgerichts, SZS 2014, 197 ff.

⁵ Z.B. THOMAS GÄCHTER/DANIA TREMP, Praxisänderung zur Invalidenrente nach einem HWS-Trauma, in: Jusletter 27. September 2010 (zitiert: GÄCHTER/TREMP, HWS-Trauma), Rz. 1 ff., zur lautstark geführten öffentlichen Diskussion.

⁶ Z.B. THOMAS GÄCHTER/MATTHIAS KRADOLFER, Schlussbestimmungen der IVG-Revision 6a – Anwendungsbereich und Problematik, HAVE 2011, 311 ff., passim; NICOLAS SPICHTIN, Die Überprüfung der Renten bei pathogenetisch-ätiologisch unklaren syndromalen Beschwerdebildern ohne nachweisbare organische Grundlage gemäss den Schlussbestimmungen der Änderung des IVG vom 15. März 2011, HAVE 2014, 394 f.

⁷ JEGER, Entwicklung, Rz. 3.

⁸ Siehe BGE 140 V 8 E. 2.2.1.3, auf den das Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.2 auch ausdrücklich verweist.

⁹ BGE 132 V 65 E. 4.

¹⁰ Urteil des Bundesgerichts I 9/07 vom 9. Februar 2007 E. 4 in fine, in: SVR 2007 IV Nr. 45 S. 149.

¹¹ Urteil des Bundesgerichts 9C_903/2007 vom 30. April 2008 E. 3.4.

drom] und die Neurasthenie,¹²

- spezifische und unfalladäquate HWS-Verletzungen [Schleudertrauma] ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle,¹³
- nichtorganische Hypersomnie¹⁴ sowie die leichte Persönlichkeitsveränderung bei chronischem Schmerzsyndrom.¹⁵

[Rz 4] Nicht zu den einschlägigen Krankheitsbildern zählt aber etwa die Cancer-related Fatigue, da es sich dabei um ein Begleitsymptom einer onkologischen (und damit organischen) Erkrankung handelt.¹⁶ Ebenfalls als nicht zugehörig gelten die Diagnosen einer generalisierten Angststörung,¹⁷ eines Post-Polio-Syndroms¹⁸ sowie einer Persönlichkeitsveränderung nach Extrembelastung.¹⁹ Diese würden auf einer organischen oder anderweitigen hinreichenden objektivierbaren Grundlage beruhen.

[Rz 5] Die Kritik an der bundesgerichtlichen Praxis setzte auf unterschiedlichsten Ebenen an: Auf der medizinischen Ebene wurde die «Evidenz» der bundesgerichtlichen Annahmen hinterfragt und auf der rechtlichen Ebene reichte die Kritik vom Vorwurf der Verletzung verfassungsmässiger Rechte und des bundesgerichtlichen Übergriffs auf die Regelungsprärogative des Gesetzgebers über beweisrechtliche Kritikpunkte bis hin zu methodischen Bedenken, die sich namentlich auf die Natur der «Vermutung» der Überwindbarkeit bezogen.²⁰

[Rz 6] Das Bundesgericht setzt sich im hier zu besprechenden Grundsatzentscheid eingehend und mit erstaunlicher Offenheit mit der gesamten Kritik auseinander. Es erläutert einerseits die Gründe, die zur bisherigen Rechtsprechung geführt haben, und ändert in der Folge seine eigene Praxis in zentralen Punkten.

[Rz 7] Ziel dieses Beitrags ist es, erste Hinweise auf die Bedeutung und die Einordnung dieser Praxisänderung zu geben und allfällige Auswirkungen auf die weitere Praxis zu diskutieren.

II. Sachverhalt und Gegenstand der Praxisänderung

A. Ausgangssachverhalt

[Rz 8] Eine unterdessen 57-jährige sechsfache Mutter, die als Küchengehilfin teilerwerbstätig war, meldete sich 2012 zum Leistungsbezug bei der Invalidenversicherung an. Sie leidet an einer somatoformen Schmerzstörung, insbesondere an Schmerzen an Rücken und Extremitäten. Hinzu treten Schlafstörungen, Kraftlosigkeit und grosse Erschöpfbarkeit. Zusätzlich wurde eine leicht- bis mittelgradige depressive Episode diagnostiziert. In Anwendung der seit BGE 130 V 352 und BGE

¹² Urteile des Bundesgerichts I 70/07 vom 14. April 2008 E. 5; 9C_98/2010 vom 28. April 2010 E. 2.2.2, in: SVR 2011 IV Nr. 17 S. 44, und 9C_662/2009 vom 17. August 2010 E. 2.3, in: SVR 2011 IV Nr. 26 S. 73.

¹³ BGE 136 V 279.

¹⁴ BGE 137 V 64 E. 4 S. 67 ff.

¹⁵ Urteil des Bundesgerichts 8C_167/2012 vom 15. Juni 2012 E. 5.2 und 6.1.

¹⁶ BGE 139 V 446.

¹⁷ Urteil des Bundesgerichts 8C_371/2014 vom 29. September 2014 E. 5.2.1.

¹⁸ Urteil des Bundesgerichts 9C_326/2014 vom 28. September 2014 E. 5.1.

¹⁹ Urteil des Bundesgerichts 8C_538/2014 vom 6. Februar 2015 E. 4.2.3.

²⁰ Für die Auseinandersetzung mit den einzelnen Kritikpunkten kann auf den reich dokumentierten Entscheid verwiesen werden, der vorliegend besprochen wird.

131 V 49 geltenden Rechtsprechung zur somatoformen Schmerzstörung (Überwindbarkeitsrechtsprechung), verneinten die IV-Stelle und das Verwaltungsgericht des Kantons Zug einen Rentenanspruch.

[Rz 9] Im Verfahren vor Bundesgericht, in dem sich die Beschwerdeführerin gegen den kantonalen Entscheid wehrte, wurde u.a. das (unterdessen publizierte) Gutachten von Prof. Dr. med. PETER HENNINGSEN eingereicht, auf das an diversen Stellen im Entscheid verwiesen wird.²¹ Dieses von der Basler Anwaltskanzlei *indemnis* in Auftrag gegebene Gutachten hatte bereits zuvor in Fachkreisen sowie in der Tagespresse²² für einiges Aufsehen gesorgt.

[Rz 10] Das Bundesgericht nahm diesen Fall, der sich als «typischer» Fall einer somatoformen Schmerzstörung in besonderem Mass dafür eignete, zum Anlass, seine Rechtsprechung zur somatoformen Schmerzstörung und dieser gleichgestellten Diagnosen grundsätzlich zu beleuchten und letztlich zu ändern.

B. Gegenstand der Praxisänderung

[Rz 11] Eine Abteilung des Bundesgerichts kann eine Rechtsfrage nur dann abweichend von einem früheren Entscheid einer oder mehrerer anderer Abteilungen entscheiden, wenn die Vereinigung der betroffenen Abteilungen zustimmt (Art. 23 Abs. 1 Bundesgesetz über das Bundesgericht [BGG]). Um eine Änderung der Schmerzrechtsprechung, die von beiden sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts getragen wird, zu erreichen, war deshalb ein entsprechendes Verfahren durchzuführen. Mit Beschluss der Vereinigung der Abteilungen vom 13. Mai 2015 haben die beiden sozialrechtlichen Abteilungen die folgenden Rechtsfragen mehrheitlich bejaht:

1. *Sind bei der Diagnostik anhaltender somatoformer Schmerzstörungen und vergleichbarer psychosomatischer Störungen der Aspekt der funktionellen Auswirkungen sowie die Ausschlussgründe nach BGE 131 V 49 E. 1.2 S. 51 zu berücksichtigen?*
2. *Ist das bisherige Regel/Ausnahmemodell (Überwindbarkeitsvermutung; BGE 131 V 49 E. 1.2 S. 50) in Weiterführung der Rechtsprechung (BGE 139 V 547) durch ein strukturiertes Beweisverfahren zu ersetzen und liegt demnach Erwerbsunfähigkeit im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Satz 2 ATSG nur vor, wenn mittels objektivierbarer Indikatoren nachgewiesen werden kann, dass der versicherten Person keine Arbeitsleistung mehr zuzumuten ist?*
3. *Ist im strukturierten Beweisverfahren der Nachweis des funktionellen Schweregrades und der Konsistenz der Gesundheitsschädigung unter Verwendung der massgeblichen Indikatoren zu erbringen?*

[Rz 12] Um die Implikationen dieser Praxisänderungen auszuleuchten, muss zunächst etwas ausgeholt werden:

²¹ HENNINGSEN PETER, Probleme und offene Fragen in der Beurteilung der Erwerbsfähigkeit bei Probanden mit funktionellen Körperbeschwerdesyndrom, in: SZS 6/2014, 499 ff., passim.

²² Z.B. ANDREA FISCHER, Bald wieder Renten für Schmerzpatienten?, Tages Anzeiger vom 9. Februar 2015.

III. Grundproblematik

[Rz 13] Damit der medizinische Gutachter die funktionellen Einschränkungen der Leistungsfähigkeit einschätzen und der Rechtsanwender die Zumutbarkeit einer Tätigkeit und damit letztlich den Leistungsanspruch prüfen kann, muss er sich auf einen ausgewiesenen Gesundheitsschaden stützen können.²³

[Rz 14] Bei den Leiden, auf die nach der bundesgerichtlichen Praxis die bisherige Schmerzrechtsprechung zur Anwendung gelangt ist, besteht die Problematik, *dass sich der allen Folgefragen zu Grunde liegende Gesundheitsschaden nicht (einfach und direkt) objektivieren lässt*. Sowohl für die medizinischen Gutachter wie auch für die Rechtsanwendung besteht somit das Problem, wie sie ihre Folgeabschätzungen und -beurteilungen objektiv begründen sollen, wenn die anspruchsbegründenden Tatsachen nicht (direkt) beweisbar sind.²⁴

[Rz 15] Die soeben beschriebene Problematik, die den nicht objektivierbaren Gesundheitsschäden immanent ist, akzentuiert sich aufgrund der *Beweislastverteilung*: Die materielle oder objektive Beweislast trägt nach der allgemeinen Beweislastverteilregel die anspruchstellende versicherte Person, d.h. die Beweislosigkeit trifft sie. Die Beweislosigkeit würde somit theoretisch – und absolut gedacht – dazu führen, dass die fragliche Gruppe von Gesundheitsschäden im Ergebnis generell aus dem Kreis der entschädigungsfähigen Tatbestände ausscheidet.²⁵

[Rz 16] Eine andere, nicht minder problembehaftete Herangehensweise an die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung dieser Leiden, bestünde darin, dass Gutachter und Rechtsanwender mangels beweisbarer anspruchsbegründender Tatsachen nur auf die subjektiv geklagten Beschwerden und Einschränkungen abstellen und den Leistungsanspruch danach ausrichten würden.²⁶

IV. Bisherige Rechtsprechung und Gründe für die Praxisänderung

A. Praxis seit BGE 130 V 352 (Überwindbarkeitspraxis)²⁷

[Rz 17] Die bundesgerichtliche Rechtsprechung etablierte als Lösung zur geschilderten Problemstellung bei nicht objektivierbaren Gesundheitsschäden (Ziff. III.) die Schmerz- oder Überwindbarkeitsrechtsprechung. Laut dieser Praxis gilt die Vermutung, der versicherten Person sei eine Willensanstrengung zuzumuten, mit welcher die Folgen einer somatoformen Schmerzstörung (oder eines dieser gleichgestellten Gesundheitsschadens) überwunden werden könne.²⁸

²³ BGE 140 V 193 E. 3.2 S. 196; JÖRG JEGER, Die Beurteilung der medizinischen Zumutbarkeit, in: Erwin Murer (Hrsg.), Freiburger Sozialrechtstage 2008, Was darf dem erkrankten oder verunfallten Menschen noch zugemutet werden?, Bern 2008, 85 ff. (zitiert: JEGER, medizinische Zumutbarkeit), 98; ULRICH MEYER, Die Beweisführung im Sozialversicherungsrecht, in: Erwin Murer (Hrsg.), Freiburger Sozialrechtstage 2006, Nicht objektivierbare Gesundheitsbeeinträchtigungen: Ein Grundproblem des öffentlichen und privaten Versicherungsrechts sowie des Haftpflichtrechts, Bern 2006, 199 ff. (zitiert: MEYER, Beweisführung), 201.

²⁴ Vgl. BGE 139 V 547 E. 7.1.1, wo hingegen ein organisches Korrelat zu den geklagten Schmerzen vorliegt, gibt es einen naturwissenschaftlich verfolgbaren Wirkungszusammenhang; MEYER, Beweisführung, 221.

²⁵ BGE 139 V 547 E. 7.2 S. 563; vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 3.4.1.2.

²⁶ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 3.4.1.1, E. 3.7.1.

²⁷ Eingehender zum Ganzen etwa MATTHIAS KRADOLFER, Nicht objektivierbare Gesundheitsschäden im Lichte der EMRK, Forum Gesundheitsrecht, Bd. 20, Zürich 2012; MEYER, Dekade; MOSIMANN; VIVIAN WINZENRIED, Die Überwindbarkeitspraxis, in: Ueli Kieser/Miriam Lendfers (Hrsg.), Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2012, 231 ff.

²⁸ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 3.3.1; BGE 131 V 49 E. 1.2 S. 50.

[Rz 18] Die Vermutung basierte u.a. auf der Feststellung, dass eine somatoforme Schmerzstörung nicht naturgesetzlich mit objektivierbaren funktionellen Einschränkungen verbunden sei, die über die allenfalls vorhandene körperliche (rheumatologisch oder orthopädisch begründete) Behinderung hinausgehen.²⁹ Daher betrachtete es das Bundesgericht als angezeigt, bei der Zumutbarkeitsprüfung zunächst von der Vermutung auszugehen, dass die somatoforme Schmerzstörung grundsätzlich überwindbar sei.³⁰

[Rz 19] Kernpunkt dieser Rechtsprechung war allerdings nicht die blossе Vermutung, ein nicht objektivierbares Schmerzleiden sei nicht invalidisierend. Vielmehr ging es darum zu definieren, was einer versicherten Person aus rechtlicher, d.h. objektiver, Betrachtungsweise, trotz der subjektiv geklagten, aber nicht beweisbaren Schmerzen noch an Arbeit zumutbar sein soll. Die Vermutung ergänzte die Frage der Zumutbarkeit lediglich dahingehend, dass man in der Regel davon ausgehen müsse, der versicherten Person sei eine Arbeitstätigkeit noch zumutbar.

[Rz 20] Die Vermutung der Überwindbarkeit konnte indessen *widerlegt* werden. Um die Leistungsprüfung objektiv vornehmen zu können, wurden die (zunächst) als «*Foerster-Kriterien*» bekannten (und später zu einem «*rechtlichen Anforderungsprofil*»³¹ verselbständigten) Voraussetzungen festgelegt, unter denen die fraglichen Beschwerdebilder in Ausnahmefällen einen Anspruch auf Invalidenrente auslösen konnten.³²

[Rz 21] Vorrangiges Kriterium war das Vorliegen einer mitwirkenden, psychisch ausgewiesenen *Komorbidität* von erheblicher Schwere, Intensität, Ausprägung und Dauer.

[Rz 22] Massgebend konnten auch weitere Kriterien sein, namentlich:

- ein mehrjähriger Krankheitsverlauf bei unveränderter oder progredienter Symptomatik ohne längerfristige Remission;
- chronische körperliche Begleiterkrankungen;
- ein ausgewiesener sozialer Rückzug in allen Belangen des Lebens;
- ein verfestigter, therapeutisch nicht mehr angehbarer innerseelischer Verlauf einer an sich missglückten, psychisch aber entlastenden Konfliktbewältigung (primärer Krankheitsgewinn [«Flucht in die Krankheit»]);
- unbefriedigende Behandlungsergebnisse trotz konsequent durchgeführter ambulanter und/oder stationärer Behandlungsbemühungen (auch mit unterschiedlichem therapeutischem Ansatz) und gescheiterte Rehabilitationsmassnahmen bei vorhandener Motivation und Eigenanstrengung.

[Rz 23] Die genannten Kriterien dienten gewissermassen als Hilfsbeweise: Da die anspruchsbegründenden Tatsachen mangels Objektivierbarkeit einem direkten Beweis nicht zugänglich sind, trat an dessen Stelle behelfsweise ein auf Indizien gestützter *indirekter Beweis* über das Vorliegen eines

²⁹ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 3.3.1, sie basiere zudem auf medizinischer Empirie, was jedoch stark bestritten wurde; Urteil des Bundesgerichts I 457/02 vom 18. Mai 2004 E. 7.3, nicht publiziert in: BGE 130 V 396; ULRICH MEYER-BLASER, Der Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit und seine Bedeutung in der Sozialversicherung, namentlich für den Einkommensvergleich in der Invaliditätsbemessung, in: René Schaffhauser/Franz Schlauri (Hrsg.), Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, St. Gallen 2003, 27 ff. (zitiert: MEYER-BLASER, Arbeitsunfähigkeit), 71 f., m.w.H. in Fn. 107.

³⁰ BGE 131 V 49 E. 1.2 S. 50; vgl. MEYER-BLASER, Arbeitsunfähigkeit, 75.

³¹ Erstmals mit Urteil des Bundesgerichts 9C_776/2010 vom 20. Dezember 2011 E. 2.4.

³² Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 3.2; BGE 130 V 352 E. 2.2.3; ULRICH MEYER, Die Rechtsprechung zur Arbeitsunfähigkeitsschätzung bei somatoformen Schmerzstörungen, in: René Schaffhauser/Franz Schlauri (Hrsg.), Medizin und Sozialversicherung im Gespräch, St. Gallen 2006, 211 ff. (zitiert: MEYER, Schmerzstörung), 212 f.

Gesundheitsschadens und dessen funktionelle Auswirkungen. Die genannten Kriterien ermöglichten der beweispflichtigen versicherten Person im Sinne von Hilfstatsachen einen Ersatzbeweis. Sie konnte so die invalidisierenden Folgen von an sich nicht nachweisbaren Leiden belegen und damit gleichzeitig den Gegenbeweis für die Widerlegung der Vermutung erbringen.³³

[Rz 24] Dieser zusätzliche Blickwinkel auf die Beweisproblematik änderte somit nichts an der Vermutung zu Ungunsten der versicherten Person, dass solche invalidisierenden Folgen die Ausnahme sein sollten.³⁴ In der Praxis war die Zahl der Fälle, in denen aufgrund der Kriterien die Vermutung widerlegt wurden, sehr gering³⁵ und die entsprechenden Fälle beschränkten sich in der Regel auf das vorrangige Kriterium der Komorbidität.

B. Gründe für die Änderung der Praxis

[Rz 25] Die Etablierung einer Vermutung als «*Regel/Ausnahme-Vorgabe*» im Rahmen der bisherigen Schmerzrechtsprechung hatte nach dem ausdrücklichen bundesgerichtlichen Eingeständnis zum Ziel, die Einhaltung der gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen (wieder) zu gewährleisten, nachdem zuvor ein starker Anstieg von Invalidenrenten zu verzeichnen war, der auf nicht objektivierbare Beschwerdebilder zurückgeführt werden konnte,³⁶ die medizinisch teilweise nur ungenügend abgeklärt waren.

[Rz 26] Das Bundesgericht hat seine bisherige Rechtsprechung, insbesondere die Vermutung der «*Regel/Ausnahme-Vorgabe*», nun kritisch hinterfragt. Als massgeblich für die Praxisänderung bezeichnet es u.a. die folgenden Gründe:

[Rz 27] Da es im Rahmen der bisherigen Praxis eine Vermutung zu widerlegen galt, habe ein fast ausschliesslicher Fokus auf der Abklärung der Foerster- bzw. Zumutbarkeitskriterien gelegen, da nur sie für die Prüfung der zumutbaren Arbeit von Belang zu sein schienen.³⁷ Es wurde also vorwiegend nach zusätzlich belastenden Faktoren gesucht. Das vorhandene positive Leistungsbild, d.h. die Gesamtheit der (noch) vorhandenen Ressourcen, wurde selten vollständig ermittelt.³⁸ Dabei sehe der rechtlich geforderte Zumutbarkeitsmassstab eigentlich vor, *dass den gesundheitlichen Belastungen alle schadenmindernden Gesichtspunkte gegenübergestellt würden*. Die Arbeitsunfähigkeit leitet sich sodann gleichsam aus dem Saldo aller wesentlichen Belastungen und Ressourcen ab.³⁹ Die bisherige Praxis könne damit einer umfassenden Abklärung aller massgeblichen Umstände entgegenstehen.⁴⁰

³³ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 3.4.1.2; BGE 139 V 547 E. 7.2 S. 562 f., E. 9.1, E. 9.1.3; JEGER, medizinische Zumutbarkeit, 118 f.

³⁴ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 3.4.1.2.

³⁵ Ohne Anspruch auf Vollständigkeit (man beachte, dass die wenigen Entscheide mehrheitlich erst in jüngerer Zeit ergangen sind): Urteile des Bundesgerichts 8C_654/2014 vom 6. März 2015; 8C_737/2014 vom 23. Februar 2015; 9C_369/2014 vom 19. November 2014; 8C_142/2014 vom 22. Oktober 2014; 9C_148/2012 vom 17. September 2009.

³⁶ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 3.4.1.1.

³⁷ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 3.4.2.1.

³⁸ Eingehend zum ressourcenorientierten Ansatz etwa JÖRG JEGER, Die persönlichen Ressourcen und ihre Auswirkungen auf die Arbeits- und Wiedereingliederungsfähigkeit, in: Gabriela Riemer-Kafka (Hrsg.), *Psyche und Sozialversicherung*, Zürich/Basel/Genf 2014, 131 ff. (zitiert: JEGER, Ressourcen), 143 ff.

³⁹ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 3.4.2.1.

⁴⁰ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 3.4.2.

[Rz 28] Das Bundesgericht konstatierte zudem in bemerkenswerter Offenheit, dass die Überwindbarkeitsvermutung Verwaltung und Gerichte dazu hätte verleiten können, die kriterienorientierte Auswahl der massgebenden Sachverhaltselemente so zu gestalten, dass der Regelfall (d.h. die Vermutung der Überwindbarkeit und damit der Ausschluss der Rente) verwirklicht wird.⁴¹ Das Bundesgericht spricht von einem «*Bias*»⁴². Eine solche zumindest «latente Voreingenommenheit» steht mit dem Untersuchungsgrundsatz, der freien Beweiswürdigung sowie der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht im Einklang.⁴³

[Rz 29] Die Vermutung habe ausserdem die Auffassung begünstigt, die Überwindbarkeit sei unteilbar, sodass im Ausnahmefall letztlich nur eine vollständige Arbeitsunfähigkeit in Frage komme.⁴⁴ Die Vermutung führte zu einer «*alles oder nichts*»-Lösung, wohingegen die Invalidenversicherung einen abgestuften Rentenanspruch vorsehe.⁴⁵

[Rz 30] Die beschriebenen Punkte haben nach der Ansicht des Bundesgerichts dazu geführt, dass eine umfassende Abklärung der für die Arbeitsunfähigkeit massgebenden Umstände in den Hintergrund geraten ist.⁴⁶ Das Verfahren müsse aber wieder auf eine umfassende Erkenntnis über das tatsächliche Leistungsvermögen ausgerichtet werden.

[Rz 31] Insgesamt lägen genügend ernsthafte und sachliche Gründe vor, die einem allfälligen Interesse an der Weiterführung der langjährigen Praxis vorgingen, weshalb die Voraussetzungen für eine Änderung der Rechtsprechung erfüllt seien: «*Die Überwindbarkeitsvermutung ist aufzugeben.*»⁴⁷

V. Eckpunkte der neuen Praxis

A. Entfallen der Vermutung

[Rz 32] Die zentrale Änderung der Rechtsprechung besteht darin, dass die Vermutung der Zumutbarkeit entfällt.⁴⁸ «Die Frage, ob die diagnostizierte Schmerzstörung zu einer ganzen oder teilweisen Arbeitsunfähigkeit führe, stellt sich nicht mehr im Hinblick auf die Widerlegung einer Ausgangsvermutung. Das bisherige «Regel/Ausnahme-Modell» (Vermutung) wird durch einen strukturierten,

⁴¹ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 3.4.2.2.

⁴² Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 3.4.2; gemeint ist damit ein Bestätigungsfehler (confirmation bias), mit dem die Neigung beschrieben wird, Informationen so auszuwählen, zu suchen und zu interpretieren, dass diese die eigenen Erwartungen erfüllen.

⁴³ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 3.4.2; vgl. auch LILIANE SCASASCIA KLEISER/EVALOTTA SAMUELSSON, Wieviel Leid ist zumutbar?, in: Jusletter 17. Dezember 2012, Rz. 41 ff.; siehe auch die noch grundlegender gehaltene Kritik bei JÖRG PAUL MÜLLER, Verfahrensgerechtigkeit in der Sozialversicherung, in: Jusletter 27. Januar 2015, Rz. 13 ff.

⁴⁴ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 3.4.2.2.

⁴⁵ Z.B. THOMAS GÄCHTER/DANIA TREMP, Schmerzrechtsprechung am Wendepunkt?, in: Jusletter 16. Mai 2011 (zitiert: GÄCHTER/TREMP, Schmerzrechtsprechung), Rz. 16, mit Hinweisen.

⁴⁶ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 3.4.2.2, E. 3.5.

⁴⁷ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 3.5.

⁴⁸ Massgeblich für die Aufgabe der Vermutung dürften u.a. die von URS MÜLLER, Die natürliche Vermutung in der Invalidenversicherung, in: Gabriela Riemer-Kafka/Alexandra Rumo-Jungo (Hrsg.), Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, Festschrift für Erwin Murer, Bern 2010, 558 ff., dargelegten Zweifel an der Zulässigkeit einer derartigen qualifizierten natürlichen Vermutung gewesen sein, denen sich die Lehre nahezu vollständig angeschlossen hat. Das Bundesgericht hat sich denn auch – im Hinblick auf die Praxisänderung – ausdrücklich nicht zur Rechtsnatur der früheren Vermutung geäussert (Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 3.3.3).

normativen [...] Prüfungsraster ersetzt.»⁴⁹

[Rz 33] Das Bundesgericht hat dazu einen Katalog von Indikatoren umschrieben (nachfolgend Rz. 41 ff.), anhand dessen eine ergebnisoffene, symmetrische Beurteilung des tatsächlich erreichbaren Leistungsvermögens erfolgen soll.⁵⁰

B. Weiterhin zentrale Zumutbarkeitsprüfung

[Rz 34] Das Entfallen der Vermutung darf aber keinesfalls mit einer Aufgabe der Regeln über die Zumutbarkeit verwechselt werden. Zwar wird die Zumutbarkeit einer Arbeitsleistung nicht mehr länger vermutet, nach wie vor steht sie aber im *Zentrum der rechtlichen Beurteilung eines Rentenanspruchs*. Die Prüfung der Rechtsfrage, ob die versicherte Person noch zumutbare Arbeit leisten kann, bedarf einer objektiven Beurteilungsgrundlage.⁵¹

[Rz 35] Die Antworten, welche die medizinischen Sachverständigen anhand der Indikatoren liefern, verschaffen dem Rechtsanwender diese nötigen objektiven Indizien, um den Beweisnotstand bei der Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit zu überbrücken.⁵²

[Rz 36] Damit ist auch klar, dass die *Beweislastverteilung nicht geändert* hat. Nach wie vor hat die anspruchstellende, versicherte Person die Folgen zu tragen, wenn die Arbeitsunfähigkeit nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausgewiesen ist.⁵³

C. Strukturiertes Beweisverfahren statt Überwindbarkeitsvermutung

[Rz 37] Wie eingangs erläutert hat die Vereinigung der sozialrechtlichen Abteilungen u.a. beschlossen, das bisherige Regel-/Ausnahmemodell (Überwindbarkeitsvermutung; BGE 131 V 49 E. 1.2 S. 50) in Weiterführung der Rechtsprechung (BGE 139 V 547) durch ein strukturiertes Beweisverfahren zu ersetzen. Demnach liegt Erwerbsunfähigkeit im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Satz 2 Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) nur vor, wenn mittels objektivierbarer Indikatoren nachgewiesen werden kann, dass der versicherten Person keine Arbeitsleistung mehr zuzumuten ist. Im strukturierten Beweisverfahren ist der Nachweis des funktionellen Schweregrades und der Konsistenz der Gesundheitsschädigung unter Verwendung der massgeblichen Indikatoren zu erbringen.⁵⁴

[Rz 38] Diese Beschlüsse enthalten, neben der Aufgabe der Überwindbarkeitsvermutung, eine nicht minder wichtige, zentrale Aussage: Die Fragestellung verlagert sich stark auf die Ebene der Sachverhaltsfeststellung und damit des *Beweises*, d.h. auf die medizinische Diagnostik und den medizinischen Nachweis objektivierbarer Indikatoren.⁵⁵

[Rz 39] Die (nach Indikatoren, siehe nachfolgend Rz. 41 ff.) strukturierte Beweisführung steht im

⁴⁹ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 3.6.

⁵⁰ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 3.6.

⁵¹ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 3.7.1.

⁵² Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.1.3.

⁵³ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 3.7.2; BGE 139 V 547 E. 8.1 S. 563, vermutet wird Validität nicht Invalidität.

⁵⁴ Rz. 11.

⁵⁵ Z.B. MOSIMANN, 213 ff., mit Hinweisen.

Zentrum. Es genügt somit nicht bereits eine gegebenenfalls auch oberflächliche Einstiegsdiagnose wie beispielsweise eine somatoforme Schmerzstörung. Vielmehr muss deren Vorliegen zunächst eingehend begründet und belegt werden,⁵⁶ bevor dann anhand des vom Bundesgericht entwickelten Indikatoren-Katalogs der Nachweis des funktionellen Schweregrades und der Konsistenz der Gesundheitsschädigung unter Verwendung der massgeblichen Indikatoren zu erbringen ist.

[Rz 40] Ob diese Verlagerung aus der Sicht der Versicherten häufiger als bisher zur Bejahung eines Rentenanspruchs führen wird, lässt sich zumindest bezweifeln, denn die diesen Krankheitsbildern inhärenten Beweisschwierigkeiten, zu deren Überwindung das Regel-/Ausnahmemodellell der Schmerzrechtsprechung beitragen sollte, bestehen nach wie vor, ebenso die objektive Beweislastverteilung zulasten der versicherten Person (Rz. 13 ff.).

D. Indikatoren-Katalog

1. «Indikatoren» statt «Kriterien»

[Rz 41] Da die bisherige Vermutung durch eine ergebnisoffene Beurteilung des funktionellen Leistungsvermögens als Beweisgegenstand abgelöst werde, ist neu nicht mehr von «Kriterien» zu sprechen, sondern treffender von *Indikatoren*. Mit den Indikatoren werden diejenigen Beweisthemen bezeichnet, anhand derer der Sachverhalt umfassend abgeklärt wird.⁵⁷

[Rz 42] Die Kritik am Begriff des «Kriteriums» zielt darauf ab, dass ein solches entweder als erfüllt oder nicht erfüllt gilt. Dabei geht es in den hier zu beurteilenden Konstellationen gerade nicht darum, bei jedem einzelnen Indikator im Sinne einer Checkliste zu prüfen, ob ein vorgängig definierter Mindestschweregrad erreicht und somit das Kriterium erfüllt wird.⁵⁸ Eine ergebnisoffene Beurteilung gebietet vielmehr, dass sämtliche Umstände berücksichtigt werden. Folglich soll *anhand aller Indikatoren eine Gesamtschau realisiert werden, wobei jeder einzelne Indikator anhand seiner im Einzelfall vorhandenen Ausprägung zu gewichten ist*.

[Rz 43] Wie sogleich darzulegen sein wird, übernehmen die vom Bundesgericht formulierten Indikatoren zahlreiche Elemente der bisherigen Rechtsprechung, insbesondere auch Teile der bisherigen Kriterien für die Wiederlegung der Vermutung («Foerster-Kriterien»). Diese werden allerdings neu zusammengesetzt, modifiziert und umformuliert, da sie einerseits aus dem Zusammenhang des Regel-/Ausnahmemodelles gelöst sind, das mit der Überwindbarkeitsvermutung aufgegeben worden ist, und andererseits besserer Erkenntnis des Gerichts weichen.

2. Systematischer Überblick über die Indikatoren

[Rz 44] Das Bundesgericht hat die massgeblichen Abklärungen in zwei Hauptbereiche aufgeteilt. Einerseits müssen unter dem Stichwort des «funktionellen Schweregrades» folgende drei Indikatoren-Komplexe im Zusammenhang mit dem Gesundheitsschaden, der Persönlichkeitsstruktur sowie dem sozialen Umfeld der versicherten Person geklärt werden.⁵⁹

⁵⁶ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 2.1.1.

⁵⁷ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.1.1.

⁵⁸ HENNINGSSEN, 533.

⁵⁹ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.1.3.

1. Komplex «Gesundheitsschädigung»:
 - 1.1. Ausprägung der diagnoserelevanten Befunde
 - 1.2. Behandlungs- und Eingliederungserfolg oder -resistenz
 - 1.3. Komorbiditäten
2. Komplex «Persönlichkeit»: Persönlichkeitsdiagnostik (Persönlichkeitsstruktur, Persönlichkeitsentwicklung und -störungen, persönliche Ressourcen)
3. Komplex «Sozialer Kontext»:
 - 3.1. Abgrenzung psychosozialer und soziokultureller Faktoren
 - 3.2. Eruiierung der Ressourcen anhand des soziales Umfelds

[Rz 45] Andererseits müssen die auf diesem «Grundgerüst»⁶⁰ beruhenden Folgerungen einer Konsistenzprüfung standhalten, die wiederum zwei Punkte umfasst:

- I. Gleichmässige Einschränkung des Aktivitätenniveaus in allen vergleichbaren Lebensbereichen
- II. Behandlungs- und eingliederungsanamnetisch ausgewiesener Leidensdruck

[Rz 46] Dies ist der bereits erwähnte, strukturierte, normative Prüfungsraaster, anhand dessen eine ergebnisoffene, symmetrische Beurteilung des tatsächlich erreichbaren Leistungsvermögens erfolgen soll.

3. Komplex I: Gesundheitsschädigung

a) Ausprägung der diagnoserelevanten Befunde

[Rz 47] Beim Indikator der Ausprägung der diagnoserelevanten Befunde geht es darum, die konkreten Erscheinungsformen der diagnostizierten Gesundheitsschädigung festzustellen, d.h. *Schwere und Ausmass des Krankheitsgeschehens*.⁶¹

[Rz 48] Gerade bei einer somatoformen Schmerzstörung sei dem Schweregrad vermehrt Rechnung zu tragen.⁶² Der somatoformen Schmerzstörung seien in diagnostischer Hinsicht konkrete *Beeinträchtigungen* der Alltagsfunktionen immanent, *deren Vorliegen und Schwere es folglich bereits bei der Erhebung der Diagnose festzuhalten gelte*.⁶³

[Rz 49] Ebenfalls bereits auf der ersten Stufe der Diagnosestellung sind *Ausschlussgründe* für das Vorliegen eines Gesundheitsschadens zu diskutieren. Namentlich seien Formen von Aggravation, Diskrepanzen zwischen geschilderten Schmerzen und tatsächlichem Verhalten und demonstrativ und unglaublich vorgetragene Klagen zu berücksichtigen.⁶⁴ Festgestellte Ausschlussgründe müssen zwar nicht a priori eine rechtserhebliche Gesundheitsschädigung ausschliessen, sie sind aber in jedem Fall bei der Feststellung der Schwere der Diagnose zu berücksichtigen.⁶⁵ Die so sorgfältig abgeklärte Diagnose hilft in der Folge, die darauf gestützten funktionellen Einschränkungen besser

⁶⁰ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3.

⁶¹ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3.1.1.

⁶² Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 2.1.1; zur bereits in der älteren Praxis vorhandenen diesbezüglichen Differenzierung MOSIMANN, 190 f.

⁶³ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 2.1.1.

⁶⁴ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 2.2.1; E. 4.3.1.1.

⁶⁵ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3.1.1, E. 2.2.2, besteht jedoch im Einzelfall Klarheit darüber, dass solche Ausschlussgründe die Annahme einer Gesundheitsbeeinträchtigung verbieten, bestehe von vornherein keine Grundlage für eine Invalidenrente, selbst wenn die klassifikatorischen Merkmale einer somatoformen Schmerzstörung gegeben sein sollten.

einschätzen zu können.⁶⁶

[Rz 50] Bereits in der bisherigen Rechtsprechung sprachen Diskrepanzen in den geschilderten Schmerzen und dem gezeigten Verhalten oder Anamnese sowie ärztlicherseits festgestellte Aggravation gegen den invalidisierenden Charakter einer somatoformen Schmerzstörung.⁶⁷ Mit der ersten von der Vereinigung der sozialrechtlichen Abteilungen im Hinblick auf diesen Entscheid bejahten Fragen wurde dieser Aspekt auch für die Zukunft fixiert (Rz. 11).

b) Behandlungs- und Eingliederungserfolg oder -resistenz

[Rz 51] Wichtige Indikatoren für die Ermittlung der Schwere eines Gesundheitsschadens sind Verlauf und Ausgang von durchgeführten Therapien und Eingliederungsversuchen.⁶⁸ Scheitern leger artis und mit optimaler Kooperation durchgeführte Therapien, deutet dies auf eine negative Prognose hin; und nur therapeutisch nicht mehr angehbare Störungen können rechtlich als invalidisierend gelten.⁶⁹ Dabei sei wichtig festzustellen, ob die Therapien dem aktuellen Stand der Medizin entsprechen und im Einzelfall als geeignet erscheinen. Ist dies nicht der Fall, erlaube das Scheitern keine Rückschlüsse auf den Schweregrad der Störung.⁷⁰

[Rz 52] Ebenfalls relevant sein können gescheiterte oder abgelehnte berufliche Eingliederungsversuche und Integrationsmassnahmen. Einerseits lässt das Scheitern bedeutsame Rückschlüsse auf die Schwere des Gesundheitsschadens zu. Andererseits stellt eine ablehnende Haltung der versicherten Person gegenüber solchen Integrationsmassnahmen ein starkes Indiz für eine nicht invalidisierende Beeinträchtigung dar.⁷¹

[Rz 53] Die Indikatoren der Behandlungs- und Eingliederungserfolgs oder -resistenz entsprechen einer langjährigen Praxis und waren auch Teil der Foerster-Kriterien. Ohne konsequente Ausschöpfung der therapeutischen und medikamentösen Möglichkeiten konnte schon immer nicht auf die Resistenz des Leidens und damit nicht auf eine invalidisierende Wirkung geschlossen werden.⁷² Auch wurden gescheiterte Eingliederungsversuche, bei vorausgesetztem einwandfreien Arbeitsverhalten/-einsatz, bei der Beweiswürdigung stets mitberücksichtigt.⁷³

c) Komorbiditäten

[Rz 54] Im Bereich der Begleiterkrankungen (Komorbiditäten) ergeben sich *gewichtige Änderungen*. Innerhalb der Foerster-Kriterien wurden die psychische Komorbidität und die körperliche Begleiterkrankung separat aufgeführt.⁷⁴ Zudem kam der psychischen Komorbidität herausragende

⁶⁶ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 2.1.2.

⁶⁷ BGE 131 V 49 E. 2.1 S. 51; Urteile des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 2.2.1; 9C_1040/2010 vom 6. Juni 2011 E. 3.4.1.

⁶⁸ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3.1.2.

⁶⁹ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3.1.2; BGE 137 V 199 E. 2.2.3.2 S.205.

⁷⁰ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3.1.2.

⁷¹ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3.1.2.

⁷² Aus der jüngeren Rechtsprechung Urteil des Bundesgerichts 9C_3/2015 vom 20. Mai 2015 E. 3.3.3.

⁷³ Urteile des Bundesgerichts 9C_148/2012 vom 17. September 2012 E. 2.3.2; 9C_833/2007 vom 4. Juli 2008 E. 3.3.2.

⁷⁴ Vgl. Rz. 21 f.

Bedeutung zu.⁷⁵

[Rz 55] Das Bundesgericht kommt nun zum Schluss, dass der psychischen Komorbidität in Zukunft keine vorrangige Stellung mehr einzuräumen sei, da eine solche empirisch nicht belegt sei.⁷⁶ Als Konsequenz hat das Bundesgericht sowohl psychische als auch körperliche Begleiterkrankungen im selben Indikator der «Komorbiditäten» zusammengefasst. Erforderlich ist somit eine *Gesamtbetrachtung der Wechselwirkungen und sonstigen Bezüge der Schmerzstörung zu sämtlichen begleitenden krankheitswertigen Störungen*.⁷⁷

[Rz 56] Bedeutung kommt insbesondere dem Attribut «*krankheitswertig*» zu. Eine begleitende Störung, die gemäss Rechtsprechung selber als solche nicht invalidisierend sein kann, ist nicht Komorbidität, sondern wird allenfalls im Komplex «Persönlichkeitsdiagnostik» berücksichtigt.⁷⁸

[Rz 57] Nicht gefolgt ist das Bundesgericht der teilweise vertretenen Auffassung, dass bei den Komorbiditäten eine Faustformel gelten müsse im Sinne von «je grösser die Anzahl der Einzelbeschwerden, desto höher die funktionelle Einschränkung».⁷⁹ Zwar lässt sich nicht ausschliessen, dass bei Vorliegen unterschiedlich gelagerter Begleiterkrankungen der Indikator der Komorbiditäten in der Gesamtbeurteilung der Zumutbarkeit stärker ins Gewicht fällt. *Eine starre Vorgabe, die zu einem blossen Aneinanderreihen möglichst vieler Begleiterkrankungen führen könnte, lehnt das Bundesgericht jedoch klar ab*.⁸⁰

4. Komplex II: Persönlichkeit

[Rz 58] Im Komplex der «Persönlichkeit» geht es zusammengefasst darum zu eruieren, über *welche persönlichen Ressourcen* die versicherte Person verfügt. Das Bundesgericht hat klar festgehalten, dass mit dem Wegfallen der Vermutung nicht mehr nur die zusätzlich belastenden Faktoren, sondern auch die *positiven Ressourcen* in eine Gesamtwürdigung einbezogen werden müssen.⁸¹

[Rz 59] Es gilt die Persönlichkeitsentwicklung, die Persönlichkeitsstruktur und allfällige (für sich nicht invalidisierende)⁸² Persönlichkeitsstörungen festzustellen.⁸³

[Rz 60] Ebenfalls unter den Komplex der Persönlichkeit fällt das Konzept der sogenannten «*komplexen Ich-Funktionen*».⁸⁴ Damit ist eine Reihe von Fähigkeiten angesprochen, die in der Persönlichkeit der versicherten Person angelegt sind und deren Beurteilung Rückschlüsse auf die Schwere

⁷⁵ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3.1.3; BGE 139 V 547 E. 9.1.1 S. 565.

⁷⁶ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3.1.3; HENNINGSSEN, 539 f, das Vorliegen einer zusätzlichen psychischen Störung erhöhe den Schweregrad und verschlechtere die Prognose nicht anders, als das Vorliegen einer gleichzeitigen schweren organischer Erkrankung.

⁷⁷ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3.1.3.

⁷⁸ Urteile des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3.1.3; 9C_1040/2010 vom 6. Juni 2011 E. 3.4.2.1, eine leichte depressive Episode stellt kein invalidisierendes Leiden und damit keine Komorbidität dar, erst Recht nicht, wenn sie kaum therapiert wurde.

⁷⁹ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3.1.2; HENNINGSSEN, 523, der das gehäufte Auftreten verschiedener typischer Begleiterkrankungen als zentraler Schweregradindikator bezeichnet.

⁸⁰ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3.1.2.

⁸¹ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3.2, E. 3.6, E. 3.4.2.1; vgl. Rz. 27.

⁸² Vgl. vorn Rz. 54 ff. zu den Komorbiditäten.

⁸³ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3.2.

⁸⁴ Z.B. RENATO MARELLI, Nicht können oder nicht wollen? Beurteilung der Arbeitsfähigkeit bei somatoformen Störungen, typische Schwierigkeiten und ihre Überwindung, SZS 2007, 336 ff.

der Gesundheitsschädigung und die Leistungseinschränkung erlaubt.⁸⁵ Folgende Fähigkeiten zählen hierzu:

- Selbst- und Fremdwahrnehmung
- Realitätsprüfung und Urteilsbildung
- Affektsteuerung und Impulskontrolle
- Intentionalität (Fähigkeit sich auf einen Gegenstand zu beziehen)
- Antrieb

[Rz 61] Je mehr dieser Fähigkeiten beeinträchtigt sind, desto eher ist von einem schweren (psychischen) Gesundheitsschaden auszugehen und desto eher muss folglich angenommen werden, dass der versicherten Person eine Arbeitsleistung nicht mehr zugemutet werden kann.⁸⁶

[Rz 62] Das Bundesgericht hält zum Konzept der «komplexen Ich-Funktionen» fest, dass es dieses als geeignetes Hilfsmittel für die Beurteilung der funktionellen Folgen eines Gesundheitsschadens erachtet. Es müsse jedoch beachtet werden, dass hier eine besondere Abhängigkeit von der konkreten Untersuchung bestehe, weshalb eine *besonders hohe Anforderung an die Begründung* zu stellen sei.⁸⁷

[Rz 63] Das Gericht hat bereits zur bisherigen Schmerzpraxis festgehalten, dass die medizinischen Folgeabschätzungen, abhängig von der Gutachterperson und von den Umständen der Begutachtung, eine *hohe Variabilität* und demzufolge auch starke Ermessenszüge aufweisen können. Der Mediziner hat demzufolge seine Einschätzungen zu den funktionellen Einschränkungen der Leistungsfähigkeit *so substantiell wie möglich zu begründen*.⁸⁸

[Rz 64] Kritisch hinterfragt werden darf die Stellung der personenbezogenen Schwere-Indikatoren (Persönlichkeitsdiagnostik). Nicht etwa nur, weil die Einschätzung der Persönlichkeit sehr vom jeweiligen medizinischen Gutachter abhängig ist.⁸⁹ Es besteht u.E. auch ein Spannungsverhältnis zwischen dem Anspruch einer möglichst objektiven Prüfung der Zumutbarkeit und dem nun verstärkt wünschbaren Einfluss subjektiver Indikatoren, die – wie es der Begriff bereits impliziert – gänzlich in der Person verankert sind. Insofern wird an eine versicherte Person mit objektiv festgestellten starken persönlichen Ressourcen ein strengerer Massstab angelegt als an Personen mit einer weniger starken Persönlichkeit.

5. Komplex III: Sozialer Kontext

a) Abgrenzung psychosozialer und soziokultureller Faktoren

[Rz 65] Im sozialen Kontext ist wichtig, dass von Beginn weg die sog. psychosozialen und soziokulturellen Faktoren abgegrenzt werden können. Haben solche, dem sozialen Umfeld der versicherten Person entstammende Faktoren (z.B. Arbeitslosigkeit, schwierige Situation am Arbeitsplatz, Scheidung, familiäre Konflikte, persönliche Schicksalsschläge wie der Verlust Angehöriger, Verein-

⁸⁵ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3.2.

⁸⁶ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3.2.

⁸⁷ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3.2.

⁸⁸ BGE 140 V 193 E. 3.1 S. 195, E. 2.1 S. 196; BGE 137 V 210 E. 3.4.2.3 S. 253.

⁸⁹ Vgl. auch HENNINGSSEN, 537.

samung, Immigration-situationen)⁹⁰ *direkt* negative funktionelle Folgen, bleiben sie *nach wie vor ausgeklammert*.⁹¹ Gesundheitlich bedingte Erwerbsunfähigkeit und nicht versicherte Erwerbslosigkeit oder andere belastende Lebenslagen sollen auseinandergehalten werden.⁹² Das Bundesgericht fordert vom medizinischen Begutachter, dass dieser bei der genauen Diagnosestellung die *psychosozialen Faktoren benennt* und, falls möglich, *als Ursache für die Arbeitsunfähigkeit ausklammert*.⁹³ [Rz 66] Die Problematik der psychosozialen Faktoren wird nicht erst in dieser Entscheidung angesprochen. Das Bundesgericht verweist denn auch auf seinen dazu ergangenen Leitsatz BGE 127 V 294. Der Umgang mit psychosozialen Faktoren gestaltete sich seit Beginn der nun geänderten Schmerzrechtsprechung ambivalent. Einerseits hält das Bundesgericht stets fest, dass Ausgangspunkt einer Invalidenrente ein medizinischer Gesundheitsschaden sein muss, zu welchen die geschilderten sozialen Faktoren unzweifelhaft nicht zählen.⁹⁴ Andererseits werden die Aus- und Wechselwirkungen der psychosozialen Faktoren nicht vollständig negiert. So können belastende Umstände im sozialen Umfeld mehr oder weniger stark Einfluss auf den Schweregrad und die Entwicklung einer Krankheit haben (mittelbar invaliditätsbegründend), was rechtlich nicht bezweifelt wird.⁹⁵ Nur dürfen diese Umstände *nicht alleinige Ursache* dafür sein, dass die versicherte Person keiner Erwerbstätigkeit mehr nachgeht.⁹⁶

[Rz 67] Trotz dieser «lehrbuchartigen» Einordnung besteht gerade bei somatoformen Störungen weiterhin das Problem, dass im Einzelfall *nur schwer zwischen ursächlicher und lediglich verstärkender sozialer Belastung unterschieden werden kann*.

b) Eruiierung der Ressourcen anhand des sozialen Umfelds

[Rz 68] Gleich wie bei der Erhebung der Persönlichkeitsstruktur muss auch bei der Betrachtung des sozialen Umfeldes der versicherten Person berücksichtigt werden, ob dort (mobilisierbare) Ressourcen vorhanden sind. Insbesondere geht es darum zu eruieren, ob die versicherte Person eine Unterstützung aus ihrem sozialen Netzwerk erhält oder nicht.⁹⁷

[Rz 69] In diesem Sinne zeigt sich hier die Kehrseite des – nach wie vor ebenfalls relevanten – früheren Kriteriums des sozialen Rückzuges. Nicht nur soziale Abschottung sondern auch deren Gegenteil, nämlich gute soziale Integration, soll berücksichtigt werden.

⁹⁰ MEYER-BLASER, Arbeitsunfähigkeit, 74; ERWIN MURER, Stämpfli Handkommentar zum Invalidenversicherungsgesetz, (Art. 1–27^{bis} IVG), Bern 2014, N 52 zu Art. 4.

⁹¹ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3.3; BGE 127 V 294 E. 5a S. 299; ULRICH MEYER/MARCO REICHMUTH, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG), 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014 (zitiert: MEYER/REICHMUTH, N XX zu Art. YY), N 30 zu Art. 4 IVG; genau betrachtet stellen diese äusseren Umstände tatsächlich keine Gesundheitsschäden dar (z.B. ist eine Scheidung keine Krankheit), jedoch – und darin liegt die Schwierigkeit – wirken sie als (Teil-) Ursachen auf medizinische Diagnosen ein, wie gerade die somatoforme Schmerzstörung.

⁹² Vgl. MEYER/REICHMUTH, N 2 zu Art. 4 IVG.

⁹³ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 3.4.2.1, E. 4.3.3; so auch BGE 127 V 294 E. 5a.

⁹⁴ BGE 127 V 294 E. 5a S. 299.

⁹⁵ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 3.4.2.1; BGE 139 V 547 E. 3.2.2 S. 552.

⁹⁶ Vgl. Art. 7 Abs. 2 ATSG; THOMAS LOCHER/THOMAS GÄCHTER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 4. Auflage, Bern 2014, § 9 Rz. 7.

⁹⁷ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3.3.

6. Konsistenzprüfung

[Rz 70] Die unter dem Begriff des «funktionellen Schweregrades» geprüften Indikatoren liefern dem Rechtsanwender in einem ersten Schritt die Indizien, um die Beurteilung der Zumutbarkeit vorzunehmen. Die Folgerungen müssen sodann in einem zweiten Schritt einer Konsistenzprüfung standhalten. Dabei prüft der Rechtsanwender, ob die funktionellen Auswirkungen auf die Leistungsfähigkeit aufgrund des medizinisch festgestellten Gesundheitsschadens anhand der Indikatoren *schlüssig* und *widerspruchsfrei* mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen sind.⁹⁸

a) Gleichmässige Einschränkung des Aktivitätsniveaus in allen vergleichbaren Lebensbereichen

[Rz 71] Ein wichtiger Indikator für eine schlüssige und widerspruchsfreie Beurteilung ist die Feststellung, ob die diskutierte Einschränkung in der Erwerbstätigkeit und in den sonstigen Lebensbereichen gleich ausgeprägt ist.⁹⁹ Dieser Indikator hängt stark mit demjenigen des sozialen Kontextes zusammen. Eruiert werden muss das Aktivitätsniveau der versicherten Person im privaten Umfeld. Einerseits, so die Theorie, könne ein stark ausgeprägtes Aktivitätsniveau im privaten Bereich auf vorhandene Ressourcen hindeuten. Andererseits könne ein krankheitsbedingter Rückzug die Ressourcen zusätzlich vermindern.¹⁰⁰

b) Behandlungs- und eingliederungsanamnetisch ausgewiesener Leidensdruck

[Rz 72] Ebenfalls beachtet werden müsse, ob die versicherte Person Therapieangebote wahrnimmt oder mögliche Behandlung auslöst. Damit soll ein Stück weit der tatsächliche Leidensdruck festgestellt werden. Das Bundesgericht geht davon aus, dass versicherte Personen, die über Auswirkungen eines nicht objektivierbaren Beschwerdebildes klagen, versuchen, diese Beschwerden zu therapieren.¹⁰¹ Überprüft wird also die Compliance der versicherten Person. Wenn die fehlende Compliance allerdings auf einer Unfähigkeit zur Krankheitseinsicht herrührt und damit Teil der Erkrankung ist, darf nicht auf fehlenden Leidensdruck geschlossen werden.¹⁰²

[Rz 73] Analoges gilt für das Verhalten hinsichtlich der beruflichen Wiedereingliederung: Auch hier zählen die Compliance bei Integrationsmassnahmen der IV und die Versuche der Selbsteingliederung als Indikatoren für die Schwere der medizinisch festgestellten funktionellen Auswirkungen.¹⁰³

[Rz 74] Zusammengefasst handelt es sich damit um eine Ergänzung oder einen Prüffaktor zum Indikator «Behandlungs- und Eingliederungserfolg oder -resistenz» (Rz. 51 ff.), wobei hier weniger die Qualität und das Ergebnis, sondern die Quantität und Beharrlichkeit der Bemühungen interessieren.

⁹⁸ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3; 4.4; 5.2.2.

⁹⁹ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3; 4.4.1.

¹⁰⁰ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3; 4.4.1.

¹⁰¹ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3; 4.4.2.

¹⁰² Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3; 4.4.2.

¹⁰³ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3; 4.4.2.

E. Zusammenfassung

[Rz 75] Das Bundesgericht fasst die Kernelemente seiner neuen Rechtsprechung selbst wie folgt zusammen (Wiedergabe ohne Verweise):¹⁰⁴ «Zusammenfassend ergibt sich, dass die Invaliditätsbemessung bei psychosomatischen Störungen stärker als bisher den Aspekt der funktionellen Auswirkungen zu berücksichtigen hat, was sich schon in den diagnostischen Anforderungen niederschlagen muss. Auf der Ebene der Arbeitsunfähigkeit bezweckte die durch BGE 130 V 352 begründete Rechtsprechung die Sicherstellung eines gesetzmässigen Versicherungsvollzuges mittels der Regel/Ausnahme-Vorgabe bzw. der Überwindbarkeitsvermutung. Deren Rechtsnatur kann offen bleiben. Denn an dieser Rechtsprechung ist nicht festzuhalten. Das bisherige Regel/Ausnahme-Modell wird durch ein strukturiertes Beweisverfahren ersetzt. An der Rechtsprechung zu Art. 7 Abs. 2 ATSG – ausschliessliche Berücksichtigung der Folgen der gesundheitlichen Beeinträchtigung und objektivierte Zumutbarkeitsprüfung bei materieller Beweislast der rentenansprechenden Person (Art. 7 Abs. 2 ATSG) – ändert sich dadurch nichts. An die Stelle des bisherigen Kriterienkatalogs (bei anhaltender somatoformer Schmerzstörung und vergleichbaren psychosomatischen Leiden) treten im Regelfall beachtliche Standardindikatoren. Diese lassen sich in die Kategorien Schweregrad und Konsistenz der funktionellen Auswirkungen einteilen. Auf den Begriff des primären Krankheitsgewinnes und die Präponderanz der psychiatrischen Komorbidität ist zu verzichten. Der Prüfungsraster ist rechtlicher Natur. Recht und Medizin wirken sowohl bei der Formulierung der Standardindikatoren wie auch bei deren – rechtlich gebotener – Anwendung im Einzelfall zusammen. Im Grunde konkretisieren die [in diesem Entscheid] formulierten Beweisthemen und Vorgehensweisen für die Invaliditätsbemessung bei psychosomatischen Leiden die gesetzgeberischen Anordnungen nach Art. 7 Abs. 2 ATSG. Die Anerkennung eines rentenbegründenden Invaliditätsgrades ist nur zulässig, wenn die funktionellen Auswirkungen der medizinisch festgestellten gesundheitlichen Anspruchsgrundlage im Einzelfall anhand der Standardindikatoren schlüssig und widerspruchsfrei mit (zumindest) überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen sind. Fehlt es daran, hat die Folgen der Beweislosigkeit nach wie vor die materiell beweisbelastete versicherte Person zu tragen.»

VI. Auswirkungen

A. Sachlicher Anwendungsbereich (erfasste Krankheitsbilder)

[Rz 76] Die neue Praxis erstreckt sich auf anhaltende somatoforme Schmerzstörungen und vergleichbare psychosomatische Störungen. Ein Verweis im Entscheid selbst stellt klar,¹⁰⁵ dass mit dieser Umschreibung sämtliche PÄUSBONOG gemeint sind.

[Rz 77] Nun darf dieser gleiche Geltungsbereich der neuen Praxis nicht zur falschen Annahme verleiten, dass alle erfassten Beschwerdebilder künftig auch praktisch, d.h. hinsichtlich der jeweiligen Prüf- und Begutachtungsergebnisse, gleich behandelt werden. *Gleich soll lediglich die Anwendung des strukturierten Beweisverfahrens anhand der bundesgerichtlichen Indikatoren sein.* Da die neue Praxis aber sehr stark an der konkreten Diagnose und in der Folge an den konkreten funktionellen

¹⁰⁴Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 6.

¹⁰⁵Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.2, mit Hinweis auf BGE 140 V 8, E. 2.2.1.3 S. 14. Siehe auch die entsprechende, dem letzteren Entscheid entlehnte Aufstellung in Rz. 3.

Einschränkungen anknüpft und nicht eine vereinheitlichende Überwindbarkeitsvermutung über alle Krankheitsbilder stülpt, dürfte sich die Einschätzung der verschiedenen Krankheitsbilder und Einschränkungen künftig ausdifferenzieren. Dies entspricht einem in der Literatur mehrfach geäußerten Anliegen¹⁰⁶ und widerspiegelt deutlich, dass mit der neuen Praxis jeder Einzelfall präziser und den individuellen Umständen besser angepasst überprüft werden soll.

[Rz 78] Zugleich ist damit auch angedeutet, dass sich die neue Praxis, allenfalls mit Anpassungen, auch auf andere schwer erfassbare Krankheitsbilder ausdehnen könnte, denn nicht nur bei den hier im Zentrum stehenden gesundheitlichen Einschränkungen ergeben sich schwierige Beweisfragen, zu deren Lösung Elemente der neuen Praxis beitragen könnten.

B. Auswirkungen auf die Diagnosestellung

[Rz 79] Stärker als in der bisherigen Rechtsprechung legt das Bundesgericht sein Augenmerk auf die Diagnosestellung einer somatoformen Schmerzstörung oder ihr gleichgestellter Beschwerden. Zwar war es schon gefestigte Rechtsprechung, dass es bei nicht objektivierbaren Beschwerdebildern in jedem Fall eines fachärztlich schlüssig ermittelten medizinischen Substrats bedarf.¹⁰⁷ Die Erhebung der Befunde und das darauf abgestützte Stellen der Diagnose ist die (genuine) Aufgabe des medizinischen Gutachters.¹⁰⁸

[Rz 80] Das Bundesgericht präzisiert nun aber die Anforderungen an die Diagnosestellung weiter und fordert eine *genaue Auseinandersetzung mit den Kriterien* nach ICD-10 (F45.40). Insbesondere sei die, der Diagnose einer somatoformen Schmerzstörung immanente, *Schwere der Erkrankung* (andauernder, schwerer und quälender Schmerz) *genau festzustellen*.¹⁰⁹ Die Gutachter hätten sich dafür an der Umschreibung der Diagnose in den medizinischen Klassifikationssystemen zu orientieren.¹¹⁰ Weil die Verwaltung und die Gerichte für diese Feststellungen nicht kompetent sind, müssen die Sachverständigen die Diagnose so begründen, dass die Rechtsanwender sie nachvollziehen können.¹¹¹ Die erhöhte Sorgfalt auf dieser ersten Stufe der Abklärung sei deshalb notwendig, weil die schweizerische Versicherungspraxis diese grundlegenden Merkmale zu wenig beachte. So würden vermutlich deutlich zu häufig anhaltende somatoforme Schmerzstörungen diagnostiziert.¹¹² Gleichzeitig müssen bei der Stellung der Diagnose die Ausschlussgründe beachtet werden (Rz. 49).

[Rz 81] Es zeigt sich somit, dass das Bundesgericht bereits das «Eintrittstor» zur Invalidität, nämlich den versicherten Gesundheitsschaden, medizinisch präziser (und im Ergebnis wohl enger) fassen will. Es soll verhindert werden, dass Diagnosen wie die somatoforme Schmerzstörung als Auffangtatbestände missbraucht werden.

[Rz 82] Eine Schwierigkeit stellt sich hinsichtlich der Feststellung und Einordnung einer Distorsion der Halswirbelsäule (HWS-Trauma). Das Bundesgericht hat schon früh festgehalten, dass eine bei einem Unfall erlittene Verletzung im Bereich von HWS oder Kopf auch ohne organisch nachweisbare

¹⁰⁶Z.B. GÄCHTER/TREMP, HWS-Trauma, Rz. 35.

¹⁰⁷BGE 139 V 547 E. 5.2; BGE 130 V 352 E. 3.1 S. 357; BGE 127 V 294 E. 5a S. 299.

¹⁰⁸BGE 140 V 193 E. 3.2 S. 195.

¹⁰⁹Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 2.1.1.

¹¹⁰Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 2.2.

¹¹¹Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 2.1.1; BGE 140 V 193 E. 3.2 S. 195.

¹¹²Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 2.1.1.

(objektivierbare) Funktionsausfälle zu länger dauernden, die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit beeinträchtigenden Beschwerden führen kann.¹¹³ Die Schwierigkeit besteht bei einem HWS-Trauma nun aber darin, dass man von einem «typischen» Beschwerdebild (mit einer Häufung von Beschwerden wie diffuse Kopfschmerzen, Schwindel, Konzentrations- und Gedächtnisstörungen, Übelkeit, rasche Ermüdbarkeit, Visusstörungen, Reizbarkeit, Affektlabilität, Depression, Wesensveränderung usw.) ausgeht.¹¹⁴ Die dafür anwendbare Kodierung ICD-10 S13.4 spricht primär von einer Verstauchung und Zerrung der Halswirbelsäule. Die medizinischen Gutachter dürften somit nach der neuen Rechtspraxis noch stärker jede einzelne Funktionseinschränkung benennen und als eine für das HWS-Trauma typische Beschwerde qualifizieren müssen.¹¹⁵

C. Stellenwert medizinischer Gutachten

[Rz 83] Die Praxisänderung hat auch Auswirkungen auf den Stellenwert medizinischer Gutachten und allgemein ärztlicher Stellungnahmen. Das Bundesgericht hat in seiner jüngeren Rechtsprechung wiederholt festgehalten, dass einem Gutachten aus rechtlicher Sicht zu folgen ist, wenn der medizinische Sachverständige *lege artis* begutachtet und unter Berücksichtigung der normativen Vorgaben (damals noch Foerster-Kriterien) auf eine erhebliche Arbeitsunfähigkeit schliesst.¹¹⁶ Dies aber nur insofern, als die rechtsanwendende Stelle nicht *konkrete, fallgebundene Gesichtspunkte* zu nennen vermag, die im Rahmen der Folgenabschätzung eine im Vergleich zum medizinisch-psychiatrischen Sachverständigen abweichende Ermessensausübung gebieten.¹¹⁷

[Rz 84] Der nun vorliegende Entscheid reiht sich u.E. nahtlos in diese Rechtsprechung ein, wonach dem Rechtsanwender die Aufgabe zukommt zu prüfen, ob die Ärzte sich an die massgebenden normativen Rahmenbedingungen gehalten haben und ob die (ärztlicherseits) festgestellten funktionellen Einschränkungen schlüssig und widerspruchsfrei nachgewiesen sind.¹¹⁸ *Diese Konsistenz- und Plausibilitätsprüfung der festgestellten Einschränkungen der Leistungsfähigkeit ist der Kern der rechtlichen Beurteilung der Zumutbarkeit im Einzelfall.*

[Rz 85] Vereinfacht ausgedrückt lässt sich das Folgende sagen: *Je genauer und sorgfältiger der medizinische Sachverständige die Diagnose erhoben, die Einschränkungen der funktionellen Leistungsfähigkeit eingeschätzt und die Kausalität zwischen Gesundheitsschaden und funktioneller Einschränkung dem Rechtsanwender begründet hat, desto weniger Spielraum verbleibt diesem, zu einer abweichenden Beurteilung zu gelangen.* Die Rechtsanwendung wird auf der anderen Seite aber nicht zögern, ärztliche Schlussfolgerungen aus dem Recht zu weisen, wenn sie den rechtlichen Anforderungen nicht oder zu wenig genügen. Dies kann etwa der Fall sein, wenn die medizinischen Sachverständigen der Problematik bezüglich psychosozialer Faktoren zu wenig Beachtung schenken, die massgeblichen Indikatoren nur unzureichend dokumentiert werden oder, was nicht selten der Fall

¹¹³BGE 134 V 109 E. 7.1.

¹¹⁴BGE 134 V 109 E. 6.2.1 S. 116.

¹¹⁵Vielleicht ist die Schlagzeile «Patienten mit Schleudertrauma können wieder IV beantragen» des Tages Anzeigers vom 17. Juni 2015 (online) damit etwas pauschal verkürzt geraten.

¹¹⁶Urteile des Bundesgerichts 9C_358/2014 vom 21. November 2014 E. 5.; 9C_369/2014 vom 19. November 2014 E. 5.; 9C_522/2014 vom 24. Oktober 2014 E. 2.4.2.

¹¹⁷Urteile des Bundesgerichts 9C_358/2014 vom 21. November 2014 E. 5.; 9C_369/2014 vom 19. November 2014 E. 5.; 9C_522/2014 vom 24. Oktober 2014 E. 2.4.2.

¹¹⁸Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 5.2.1; 6; vgl. auch das entsprechende Postulat von WINZENRIED, 244.

ist, die medizinisch festgestellten funktionellen Einschränkungen zu wenig ausführlich begründet werden, so dass sie dem Rechtsanwender nicht plausibel erscheinen. Weicht der Rechtsanwender in einem solchen Fall von der ärztlichen Beurteilung ab, so impliziert dies keine Geringschätzung der ärztlichen Beurteilung;¹¹⁹ vielmehr zeigt sich in diesem Punkt die ihrerseits genuine Aufgabe der Rechtsanwendung.

[Rz 86] Die aktuelle Praxisänderung kommt u.E. den medizinischen Sachverständigen insoweit entgegen, als es diese nun verstärkt selber in der Hand haben, wie viel Gewicht ihrer medizinischen Einschätzung in der späteren rechtlichen Beurteilung zukommt. Der Rechtsanwendung kommt in erster Linie die *Plausibilitätsprüfung* der durch die medizinischen Gutachter erhobenen Indikatoren und der daraus gezogenen Schlussfolgerungen zu.¹²⁰ Insbesondere ist zu prüfen, ob die geltend gemachten funktionellen Einschränkungen, tatsächlich auf den Gesundheitsschaden zurückzuführen sind.¹²¹

D. Steigende Fallzahlen?

[Rz 87] Zweifellos darf die alte Schmerzrechtsprechung als (sehr) streng bezeichnet werden. Die Leistungsgesuche sowie die Berentungen aufgrund nicht objektivierbarer Beschwerdebilder nahmen unter dieser Praxis auch markant ab. Welche Auswirkungen wird die geänderte Praxis aber letztlich auf die Zahl der neu gesprochenen Invalidenrenten haben und inwiefern wird sich die geänderte Praxis auf die Zahl der neuen Rentenbegehren auswirken?

1. Mehr Neurenten?

[Rz 88] Es wäre u.E. verfehlt, von der nun vorgenommenen Praxisänderung auf eine markant steigende Anzahl neuer Renten zu schliessen. Eine genaue Prognose ist freilich noch nicht möglich, zumal noch unklar ist, wie genau die Praxis die neuen Vorgaben des Bundesgerichts umsetzen wird. Verschiedene Punkte deuten aber auch in der nunmehr geänderten Praxis auf eine zwar anders geartete, aber *weiterhin engmaschige Anspruchsprüfung* hin. So sind die höheren Anforderungen an die Diagnosestellung und das stärkere Abstellen auf die (schlüssig darzulegende) Plausibilisierung der (gestützt auf die Diagnose) geltend gemachten funktionellen Leistungseinschränkungen deutliche Hinweise darauf, dass das Bundesgericht *eine sehr genaue und im Einzelfall gut begründete Anspruchsprüfung erwartet*.

[Rz 89] Auch wird das gezielte Suchen nach positiven Ressourcen in der Persönlichkeit und dem sozialen Umfeld der versicherten Person wohl dazu führen, dass die Zumutbarkeit, Arbeit zu leisten, im Einzelfall häufiger bejaht werden kann (vgl. Rz. 58 f., 68 f.).

[Rz 90] Als Persilschein zur Rentenberechtigung bei nicht objektivierbaren Beschwerdebildern ist die neue Praxis damit keinesfalls zu deuten. Ob eine Berentung auch nach der neuen Praxis die Ausnahme bleibt, muss sich erst noch zeigen. Es ist aber nicht davon auszugehen, dass die Berentung nun zum Regelfall mutiert.

¹¹⁹Urteil des Bundesgerichts 9C_106/2015 vom 1. April 2015 E. 6.3.

¹²⁰Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 6; so ausdrücklich BGE 140 V 290 E. 3.3.1, E. 3.3.2.

¹²¹Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 5.2.2.

2. Mehr Teilrenten?

[Rz 91] Als einen der Mängel der nunmehr abgeschafften Überwindbarkeitsvermutung benennt das Bundesgericht, dass diese die Auffassung begünstigt habe, die Überwindbarkeit sei unteilbar, so dass im Ausnahmefall letztlich immer nur eine vollständige Arbeitsunfähigkeit in Frage komme.¹²² Dies wird den realen Verhältnissen und den faktisch (noch) vorhandenen Ressourcen der Versicherten indes nicht gerecht. Gerade einer präzisen, einzelfallbezogenen und differenzierten Erfassung dieser noch vorhandenen Ressourcen dient das vom Bundesgericht mit dem neuen Leitentscheid geforderte strukturierte Beweisverfahren. Es ist damit zu erwarten, dass bei den von der neuen Praxis erfassten Krankheitsbildern häufiger als bisher die Zumutbarkeit der Arbeitsleistung (nur) teilweise bejaht oder verneint wird und es damit häufiger als bisher zu Teilberentungen kommt.

3. Mehr Anmeldungen?

[Rz 92] Wahrscheinlich ist jedoch, dass es im Nachgang zu dieser Praxisänderungen zu vermehrten Anmeldungen zum Leistungsbezug bei der IV kommt. Zu vermuten ist weiter, dass sich die neue Praxis in den Fallzahlen der kantonalen Versicherungsgerichte und des Bundesgerichts niederschlagen wird; nicht nur, weil eine Praxisänderung in der Regel eine gewisse Folgerechtsprechung zwecks Präzisierung auslöst. Auch der Umstand, dass nun eine ergebnisoffene und letztlich rein juristische Zumutbarkeitsbeurteilung in Form einer umfassenden Ressourcenabwägung vorzunehmen ist, dürfte dazu führen, dass sich viele betroffene Versicherte nicht mit einem negativen Entscheid der IV-Stelle abfinden werden.

[Rz 93] Anzumerken ist weiter, dass die Überwachung und Begleitung der umfassenden Abklärungen und die normative Würdigung aller massgebenden Umstände hohen juristischen Sachverstand und eine zeitaufwändige Auseinandersetzung mit jedem Einzelfall erfordert. Es bleibt abzuwarten, ob die IV-Stellen dieser neuen Herausforderung in personeller Hinsicht gewachsen sind.

E. Auswirkungen auf laufende Anspruchsprüfungen

[Rz 94] Selbstverständlich gilt die neue Praxis für alle laufenden und zukünftigen Verfahren. Bei allen gegenwärtig hängigen Verfahren stellt sich deshalb die Frage, wie mit den bisherigen Abklärungen, die noch auf die alte Praxis ausgerichtet waren, umzugehen ist.

[Rz 95] Das Bundesgericht hat dazu festgehalten, dass bereits getroffene Abklärungen und bereits erstellte Gutachten nicht per se ihren Beweiswert verlieren.¹²³ Dennoch muss in jedem Einzelfall sorgfältig geprüft werden, ob die vorhandenen Abklärungen genügen, um eine schlüssige Beurteilung im Lichte der massgeblichen (neuen) Indikatoren vornehmen zu können. Das Bundesgericht weist darauf hin, dass unter Umständen eine punktuelle Ergänzung bisheriger Abklärungen genügen kann.¹²⁴ Dementsprechend wird auch der konkret beurteilte Einzelfall zur weiteren Abklärung an das kantonale Gericht zurückgewiesen.

[Rz 96] Die bisherigen Administrativgutachten sind damit hinsichtlich der Befunderhebung und

¹²²Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 3.4.2.2, mit Hinweisen; siehe auch MOSIMANN, 199, mit Hinweisen.

¹²³Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 8.

¹²⁴Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 8.

Diagnosestellung nicht wertlos. Der Gesundheitszustand und dessen Beeinträchtigung mussten auch unter der nunmehr überholten Praxis hinreichend abgeklärt werden. Jedoch fehlt es vielen Administrativgutachten an der nun gebotenen umfassenden Betrachtungsweise und der Berücksichtigung aller relevanten Umstände. Der Fokus wurde, wie das Bundesgericht deutlich macht, häufig stark auf die medizinische Komponente und die Zumutbarkeits- bzw. Foerster-Kriterien gelegt. Positive Ressourcen in der Persönlichkeit und im sozialen Umfeld waren bisher nicht im nun geforderten Ausmass Gegenstand der Abklärungen.

F. Revision rechtskräftiger Entscheide?

[Rz 97] Viele betroffene Versicherte und ihre Rechtsvertreter beschäftigt gegenwärtig die Frage, ob die neue Praxis einen Revisionsgrund darstellt, der ein Zurückkommen auf eine rechtskräftige Anspruchsablehnung oder auf eine unter der alten Praxis erfolgte Rentenaufhebung erlaubt. Dürfen diese Versicherten eine erneute Anspruchsprüfung unter den Vorzeichen der neuen Praxis durchlaufen?

[Rz 98] Das Bundesgericht hat sich bereits mehrfach zur Frage geäußert, ob eine nachträglich geänderte Rechtslage aufgrund einer geänderten Praxis des Bundesgerichts (nicht aufgrund eines Eingriffs des Gesetzgebers) einen Revisionsgrund im Sinne Art. 17 Abs. 1 ATSG darstellt. Das letzte Mal musste sich das Bundesgericht just im Zusammenhang mit der alten Schmerzpraxis mit dieser Frage auseinandersetzen.

[Rz 99] Es hielt dazu fest, dass eine geänderte Gerichtspraxis *grundsätzlich keinen Anlass* bildet, in eine laufende, auf einer formell rechtskräftigen Verfügung beruhende Dauerleistung einzugreifen.¹²⁵ Von diesem Grundsatz kann abgewichen werden, allerdings wird der «*Ausnahmecharakter*»¹²⁶ einer solchen Anpassung stark betont. Verlangt wird namentlich, dass die neue Praxis eine allgemeine Verbreitung erfahren muss. Zusätzlich zur allgemeinen Verbreitung der neuen Praxis müssen qualifizierende Elemente gegeben sein, die deren Nichtanwendung auf laufende Leistungen unter dem Aspekt der Rechtsgleichheit als stossend erscheinen liessen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die alte Praxis nur in Bezug auf eine einzige versicherte Person oder eine geringe Zahl von Versicherten beibehalten würde, was eine stossende Privilegierung oder Diskriminierung und Verletzung des Gleichbehandlungsgebots darstellen kann.¹²⁷ Eine Anpassung von Rentenverhältnissen an die neue Praxis würde sich auch dann aufdrängen, wenn das Festhalten an der ursprünglichen Verfügung aus Sicht der neuen Rechtspraxis *schlechterdings nicht mehr vertretbar ist* und zu krassen Ungleichheiten führen würde.¹²⁸

[Rz 100] Die Rechtsprechung differenziert bei Anpassungen von rechtskräftigen Dauerleistungsverhältnissen danach, ob diese zu Ungunsten oder zu Gunsten der versicherten Person an die neue Praxis angepasst werden sollen. In Bezug auf Anpassungen zu Ungunsten der Versicherten wird der Grundsatz der Nichtanpassung kaum je durchbrochen. Zu Gunsten des Versicherten liess das Gericht demgegenüber in einzelnen Fällen eine Anpassung unter weniger strengen Voraussetzungen

¹²⁵BGE 135 V 201 E. 6.1.1 S. 205; BGE 127 V 10 E. 4c S. 14, «[...] so darf die Verfügung über das Dauerrechtsverhältnis grundsätzlich nicht angetastet werden»; BGE 121 V 157 E. 4a S. 162.

¹²⁶BGE 135 V 201 E. 6.4 S. 211.

¹²⁷BGE 135 V 201 E. 6.1.1 S. 206, E. 6.4 S. 211.

¹²⁸BGE 135 V 201 E. 6.1.2.1 S. 206; BGE 121 V 157 E. 4c S. 163.

zu.¹²⁹

[Rz 101] Im Ergebnis muss eine Interessenabwägung vorgenommen werden. Die Rechtssicherheit, die sich in der grundsätzlichen Unabänderlichkeit der Verfügung unter diesem Titel zeigt, muss gegen die Interessen der versicherten Person an einer Anpassung abgewogen werden.¹³⁰ Dabei muss beachtet werden, dass zumindest im letzten Leitentscheid zu dieser Rechtsfrage eine Anpassung zu Ungunsten der Versicherten – deren Rentenanspruch noch nicht anhand der Foerster-Kriterien überprüft wurde – zur Diskussion stand. In dieser Konstellation kommt dem Schutz des Vertrauens in die Weitergewährung einmal zugesprochener staatlicher Leistungen erhöhte Bedeutung zu.¹³¹

[Rz 102] Bei der nun vorgenommenen Praxisänderung scheint u.E. jedoch zentral, dass mit ihr *keine neuen Leistungsansprüche geschaffen* wurden. Angepasst bzw. erweitert wurde in erster Linie das Beweisverfahren, nicht die Anspruchsvoraussetzungen. Das Bundesgericht hat den Anspruch auf Leistungen der Invalidenversicherung für die hier zur Diskussion stehenden Beschwerdebilder (Rz. 76) unter der alten Praxis nicht pauschal verneint. Ebenso wird der Anspruch unter der nun geänderten Rechtsprechung keinesfalls pauschal bejaht. Zwar kann man in der gegenwärtigen Praxisänderung, insbesondere in der Aufgabe der Überwindbarkeitsvermutung, eine Lockerung erblicken. Inwiefern sich dies aber im Hinblick auf die hinsichtlich des Nachweises der Beeinträchtigung eher erhöhten Beweisanforderungen in der Zahl positiver neuer Entscheide niederschlagen wird, erscheint gegenwärtig höchst ungewiss (Rz. 88 ff.). Der Rentenanspruch wird zwar faktisch nicht mehr als Ausnahme bezeichnet, dafür muss die versicherte Person die funktionellen Einschränkungen mittels Indikatoren beweisen, was ebenfalls eine grosse Herausforderung darstellt.

[Rz 103] Das Bundesgericht liess denn auch an keiner Stelle des Entscheids durchblicken, dass es die bisherige Schmerzpraxis und die auf dieser beruhenden medizinischen Abklärungen im Grundsatz für verfehlt hält. Vielmehr ordnet es die nun vorgenommene Änderung, die Vermutung fallen zu lassen, als Justierung derselben Rechtsprechung ein. Es findet nun eine Stärkung des Abklärungsverfahrens im Einzelfall statt, ohne dass damit die Aussicht auf eine Rentenleistung per se gestiegen wäre. Damit *kann kaum von einer absoluten Unvertretbarkeit sämtlicher Entscheide ausgegangen werden*, die unter der alten Praxis Ansprüche verneint, reduziert oder aufgehoben haben. Allein der Umstand, dass es unter der neuen Praxis in gewissen Fällen nicht mehr ganz so schwierig sein könnte, eine (Teil-)Rentenleistung zugesprochen zu erhalten, dürfte nicht ausreichen, um vom Grundsatz der Nichtanpassung an eine geänderte Rechtspraxis abzuweichen.

[Rz 104] Letztlich obliegt es dem Bundesgericht, ausnahmsweise einen Revisionsgrund anzunehmen. In Anbetracht der gesamten Entstehungsgeschichte und dem Umgang mit im Kern unbeweisbaren Beschwerdebildern ist u.E. nicht davon auszugehen, dass das Bundesgericht mit dieser Praxisänderung auch eine Neubeurteilung sämtlicher abgeurteilter Leistungsansprüche induzieren wollte. Im Hinblick auf die bisherige Praxis erscheint es uns auch nicht wahrscheinlich, dass die aktuelle Praxisänderung als Revisionsgrund anerkannt werden wird.

¹²⁹BGE 135 V 201 E. 6.1.3.

¹³⁰BGE 135 V 201 E. 6.4 S. 210.

¹³¹BGE 135 V 201 E. 6.4 S. 210, «[...] in aller Regel [kommen] den für eine Weiterausrichtung sprechenden Aspekten mehr Gewicht zu als der Gleichbehandlung der Rentenbezüger mit Personen, welche noch keine Rente beziehen».

VII. Würdigung und Einordnung des Entscheids

[Rz 105] Das Bundesgericht hat einen grossen Schritt getan. Die bisherige Schmerzrechtsprechung ist Geschichte. Die stark umstrittene bisherige Überwindbarkeitsvermutung entfällt.

[Rz 106] An die Stelle der bisherigen Praxis tritt ein strukturiertes Beweisverfahren, welches – durch den Wegfall der Vermutung – das Beweisergebnis faktisch weniger präjudiziert und insgesamt zu einer ganzheitlicheren, dem Einzelfall besser entsprechenden Beurteilung führen soll.

[Rz 107] Wie dargelegt ist aufgrund der neuen Praxis nicht zwingend mit einer einfacheren Bejahung des Rentenanspruchs zu rechnen. Gleichwohl steht der neue Leitentscheid für einen möglichen Kulturwandel in der Anspruchsprüfung von Invalidenrenten, die namentlich von den Versicherten nicht mehr nur als reine Abwehrhaltung der Invalidenversicherung wahrgenommen werden dürfte.

[Rz 108] Die neue Praxis begünstigt eine differenzierte Einschätzung somatoformer Schmerzstörungen und vergleichbarer psychosomatischer Störungen. Da noch stärker als bisher bei der präzisen medizinischen Diagnostik angesetzt werden soll, ist auch mit einer nach unterschiedlichen Krankheitsbildern differenzierten Praxis zu rechnen.

[Rz 109] Ebenso wird es durch den Wegfall des Regel-/Ausnahmemechanismus, den die Überwindbarkeitsvermutung mit sich brachte, besser möglich sein, die noch zumutbaren Tätigkeiten präziser zu erfassen, was beispielsweise in vielen Fällen die Bejahung des Anspruchs auf eine Teilrente begünstigen könnte.

[Rz 110] Die Praxisänderung ist aber auch vor dem Hintergrund weiterer Entwicklungen einzuordnen: Der relative Bedeutungszuwachs, welchen die medizinische Begutachtung erfährt, setzt hohes Vertrauen in die Kompetenz und die Unabhängigkeit der Gutachterstellen voraus. Der äusserst wichtige MEDAS-Entscheid aus dem Jahr 2011, der deutliche Vorgaben für ein verfassungs- und EMRK-konformes Verfahren formuliert hat (BGE 137 V 210), bildete eine wichtige Vorbedingung für die nun vorliegende Praxisänderung.¹³² Auch die seit 2004 markant gesunkenen Zahlen der Rentenzusprachen aufgrund somatoformer Schmerzstörungen und vergleichbarer Leiden hat Raum geschaffen, um künftig die entsprechenden Fälle fundierter und auf einer angepassten Beweisgrundlage anzugehen. Zu bedenken ist weiter, dass per Ende 2014 auch die Geltungszeit der bereits weiter vorne kritisierten Übergangsbestimmung zur IVG-Revision 6a abgelaufen ist (Rz. 2), welche die frühere Schmerzrechtsprechung gewissermassen für die Geltungszeit dieser Bestimmung «fixiert» hat. Schliesslich hat auch die durch das sachlich gehaltene und medizinisch gut begründete Gutachten HENNINGSEN ausgelöste Fachdiskussionen massgeblich auf die Praxisänderung eingewirkt.

[Rz 111] Rechtsanwalt DAVID HUSMANN, der dieses Urteil erstritten hat, richtet in einem Newsletter seiner Kanzlei¹³³ ein Dankeswort an alle, die zum Ergebnis beigetragen haben. Es sei Teamwork gewesen, wie sich an der reichhaltigen kritischen und im Entscheid zitierten Literatur sowie dem von *indemnitas* in Auftrag gegebenen Gutachten HENNINGSEN zeige.

[Rz 112] Dass diese kritischen Stellungnahmen aber auch beim Bundesgericht Gehör gefunden haben, das Gericht sich ausführlich, differenziert und vielschichtig mit den Meinungen und Anregungen auseinandergesetzt und letztlich die eigene Rechtsprechung – zahlreichen Anregungen folgend

¹³²Nach wie vor skeptisch etwa MASSIMO ALIOTTA, Medizinische Begutachtung, in: Sabine Steiger-Sackmann/Hans-Jakob Mosimann (Hrsg.), Recht der Sozialen Sicherheit, Basel 2014, 245 ff., Rz. 6.4.

¹³³<http://newsletter.schadenanwaelte.ch/m/9071480/>.

– reflektiert und angepasst hat, darf als Zeichen hoher Justizkultur gewertet werden. Ebenso die Offenheit, mit der sich das oberste Gericht des Landes mit den Motiven für seine bisherige Praxis und den Gründen für deren Anpassung auseinandersetzt.

Prof. Dr. iur. THOMAS GÄCHTER, Ordinarius für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht an der Universität Zürich.

MLaw MICHAEL E. MEIER, wiss. Assistent am Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht an der Universität Zürich.